

DIREITOS INTELECTUAIS INDÍGENAS NO BRASIL: instrumentos Jurídicos e Conflitos Ontológicos¹ // *Vitor Henrique Pinto Ido*²

Palavras-chave

propriedade intelectual / povos indígenas / contratos

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Direitos Intelectuais Indígenas: Entre Indigenização do Direito e Mercantilização de Culturas**
- 3 **Um Panorama dos Usos Estratégicos de Instrumentos Jurídicos no Brasil**
- 4 **Conclusão: Redisputando os Sentidos do “Direito”**
- 5 **Referências**

Resumo

Este trabalho integra uma pesquisa maior sobre conhecimentos tradicionais indígenas e sua regulação jurídica. Nele, procuro descrever e apontar o uso de vários instrumentos jurídicos, como contratos de repartição de benefícios, direitos de propriedade intelectual, propriedade cultural e imaterial, protocolos comunitários de consulta etc. A pesquisa pretende demonstrar que o uso de múltiplas categorias jurídicas, tradicionais e inovadoras, consiste em estratégias políticas para proteger, promover e defender conhecimentos tradicionais. A pesquisa se vale de uma revisão da literatura antropológica e jurídica sobre conhecimentos tradicionais no Brasil, de aspectos do debate internacional, bem como de entrevistas e relatos de membr@s de comunidades tradicionais, antropólog@s, advogad@s e ativistas de organizações não-governamentais. Conclui-se, preliminarmente que, ora pelo alargamento de categorias tradicionais como propriedade, ora pelo uso mais estrito e formalista possível do direito positivo, as experiências contemporâneas apontam, ao mesmo tempo, para a formação de um direito internacional de baixo para cima e para a reconfiguração dos usos da “cultura”. Aponta-se, ademais, para um descolamento relativo dos termos utilizados nas grandes arenas internacionais (OMPI, OMC, UNESCO). A análise de casos permite refletir sobre os usos do direito e seus conflitos ontológicos.

1 O presente artigo é uma versão revisada do trabalho apresentado no V ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito (2017). GT. 5 – Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais perante o direito: práxis jurídica dentro, fora e contra a ordem. Agradeço os comentários atentos dos presentes, em especial os de João Francisco Kleba Lisboa (UFPR) e de Luísa Valentini (USP).

2 Doutorando e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo: vitor.ido@gmail.com

INDIGENOUS INTELLECTUAL RIGHTS IN BRAZIL: Legal Instruments and Ontological Conflicts // *Vitor Henrique Pinto Ido*

Keywords

intellectual property / Indian people / contracts

////////////////////

Abstract

This work integrates a greater research on indigenous traditional knowledge and its legal regulation. In it, I try to describe and point out the use of various legal instruments, such as benefit-sharing contracts, intellectual property rights, cultural and immaterial property, community consultation protocols, etc. The research aims to demonstrate that the use of multiple legal categories, traditional and innovative, consists of political strategies to protect, promote and defend traditional knowledge. The research uses a review of the anthropological and juridical literature on traditional knowledge in Brazil, aspects of the international debate, as well as interviews and reports from members of traditional communities, anthropologists, advocates and activists from non-governmental organizations. It is concluded, first of all, that, at the same time, for the extension of traditional categories as property, or for the more strict and formalistic use of positive law, contemporary experiences point at the same time to the formation of an international law from the bottom up and for the reconfiguration of the uses of “culture”. It is also pointed out for a relative detachment of the terms used in the major international arenas (WIPO, WTO, UNESCO). Case analysis allows us to reflect on the uses of law and its ontological conflicts.

1 Introdução

Em meu trabalho de mestrado sobre conhecimentos tradicionais indígenas, sua regulação jurídica e seu papel na economia global (Ido, 2017), procuro descrever o sentido de um tipo de iniciativa contemporânea comum a diversos povos tradicionais no Brasil e no mundo: o uso de vários instrumentos e argumentos jurídicos, tais como contratos de repartição de benefícios, direitos de propriedade intelectual, propriedade cultural e protocolos comunitários de consulta.

Os povos tradicionais, em especial os indígenas, estão evidentemente dentre os grupos mais afetados por uma longa e contínua história de privação de direitos e opressão e continuam a ser tratados como vítimas sem capacidade de agir por si próprios. Ao menos a princípio, instrumentos jurídicos são tidos como estranhos a – e talvez incompatíveis com – modos de conhecer autóctones. No entanto, são encontrados crescentes exemplos de um engajamento ativo de povos tradicionais na defesa de seus direitos, dentre os quais os atinentes a seus conhecimentos. Nesse contexto, trabalho com a hipótese de que o uso de múltiplas categorias jurídicas com a finalidade de proteger e promover seus conhecimentos tradicionais pode ser lido como um desdobramento do que significa “ser indígena” e fazer política em face do mundo contemporâneo.

Na primeira parte deste artigo, faço um panorama dos dilemas em jogo em relação a direitos intelectuais de povos indígenas. Eles estão situados juridicamente no inter cruzamento entre propriedade intelectual, biodiversidade e direitos humanos de povos indígenas e podem ser entendidos a partir de duas narrativas antagônicas. Uma é otimista e a chamo de “indigenização do direito”³, em que haverá a transformação do próprio direito ocidental por uma perspectiva indígena a partir do momento em que povos tradicionais passam a usar o direito (ou direitos) em seu favor. A outra é cética ou pessimista e pode ser categorizada como “mercantilização de culturas”, pela qual se opera uma progressiva transformação de conhecimentos indígenas em meras mercadorias,

3 Trata-se de uma adaptação da expressão do antropólogo Marshall Sahlins sobre a ideia de indigenização da modernidade, como se explorará melhor adiante (Sahlins, 2013).

de modo que reivindicar direitos intelectuais será sempre uma resposta no máximo limitada às grandes forças econômicas. Esta dicotomia, embora simplificada, consegue dar conta de grande parte desse longo debate na literatura internacional e nacional.

Na sequência, à luz do diagnóstico anterior, é realizada a apresentação da multiplicidade dos instrumentos jurídicos formais empregados a partir de alguns exemplos concretos do contexto sul-americano. Algumas ferramentas são bastante tradicionais, baseadas em argumentos convencionais como indenização civil, e outras podem ser consideradas inovadoras, como contratos de repartição de benefícios por uso de conhecimentos tradicionais. Com fins de ilustração, foram selecionados os seguintes exemplos⁴: o caso da associação das erveiras do mercado Ver-O-Peso, em Belém; a articulação do povo indígena Wajãpi, no Amapá, e a mobilização dos indígenas Guarani, no Paraguai, em torno do adoçante Stevia. O passo seguinte é tentar entender no que consiste esta variedade de usos e argumentos aparentemente surpreendente.

A pesquisa baseou-se na revisão da literatura antropológica e jurídica sobre os conhecimentos tradicionais no Brasil, no debate internacional, bem como entrevistas e relatos de membros de comunidades tradicionais, antropólogos, advogados e ativistas de organizações não-governamentais. Tais atores estão presentes, por meio de trabalho conjunto com os povos tradicionais – e não *para* eles, como se deve reiterar –, e fazem parte de uma rede de relações e estratégias jurídicas criadas e operadas neste tema.

Conclui-se preliminarmente que, ora pelo alargamento de categorias tradicionais como “propriedade”, para aplicá-la a coletivos indígenas, ora pelo uso mais estrito e formalista possível do direito positivo, e mesmo nos casos de negação do sistema jurídico tradicional, as experiências contemporâneas apontam, ao mesmo tempo, para dois grandes elementos. Em primeiro lugar, para a formação de um direito internacional “de baixo para cima” (Rajagopal, 2003),

4 Estes não são propriamente “estudos de caso”, pois dependeriam de um aprofundamento além do escopo desta reflexão inicial, mas são formas de suscitar questionamentos preliminares.

isto é, originado junto à atividade de movimentos sociais e não imposto “de cima para baixo” por agências internacionais e governos. Em segundo lugar, para a reconfiguração dos usos da noção de “cultura” (cultura *com aspas*, para seguir a noção de Manuela Carneiro da Cunha (2009), em que defender conhecimentos tradicionais passa a estar profundamente relacionado com uma questão de reconhecimento e identidade e com a recriação de tais valores para os próprios envolvidos.

Deste modo, quando povos indígenas operam o direito “ocidental”, tal processo deve ser lido não como submissão indígena a um paradigma exterior colonial. Pelo contrário, trata-se de uma acomodação pragmática entre conhecimentos indígenas e conhecimento ocidental, processo esse que juristas, em geral, não conseguem realizar. Este “encontro pragmático” (Almeida, 2013) coloca em questão os próprios limites do direito “ocidental” ao regular modos de vida e existência alheios a seu contexto de criação, mas também exige reconhecer que soluções, ainda que parciais, ocorrem e podem ser efetivamente eficazes para a proteção de direitos intelectuais indígenas.

2 Direitos Intelectuais Indígenas: Entre Indigenização do Direito e Mercantilização de Culturas

Direitos de propriedade intelectual são concebidos pela e para a modernidade ocidental e, por consequência, são pouco adequados para lidar com realidades, visões e casos envolvendo povos indígenas. Esta longa crítica deve ser situada em um quadro amplo: a violenta relação entre “civilização ocidental moderna” (que detém o “direito”) e povos colonizados no “Terceiro Mundo” (que têm “rituais”, “crenças” ou, no máximo, um “protodireito”). Assim, a própria noção de *direito*, mais do que somente o caso da propriedade intelectual, traz uma série de questões sobre seu caráter intrinsecamente ocidental e potencialmente colonialista⁵.

5 Este é um problema que sabidamente não se encerrou com o fim formal do colonialismo europeu e tem sido tratado como parte de argumentos pós/anti/descoloniais, havendo uma ampla literatura sobre o tema.

Mesmo que implicitamente, a literatura sobre direitos intelectuais indígenas debruça-se sobre o tema: por exemplo, Laurelyn Whitt (2009) associa o debate dos conhecimentos indígenas à ideia de que há um *neocolonialismo* permanente motivado por uma visão específica e positivista da ciência, que impede a valorização e proteção de conhecimentos indígenas. Por sua vez, Fernanda Kayngang (2006), em um chamado à realidade vivenciada por povos indígenas, lembra que “não se deve criar a ilusão de que a mudança de paradigma, por parte dos marcos legais indigenistas, alcança o cotidiano dos povos indígenas e a realidade por eles vivenciada”. Haveria, portanto, um risco intrínseco no uso de instrumentos jurídicos, como a propriedade intelectual, pois esta representaria o próprio processo de “destruição de culturas” e a pilhagem colonial (Shiva, 1997). A relutância é motivada, em especial, por uma recorrência de casos conhecidos e bem reportados de patentes e marcas conferidos sobre conhecimentos tradicionais, no que se convencionou chamar de biopirataria ou apropriação indevida⁶.

Em outras palavras, este seria um desdobramento de um processo mais amplo de “mercantilização de culturas”, pois uma vez convertidos seus conhecimentos tradicionais em mercadoria e, portanto, reduzidos a uma “coisa”, povos tradicionais veem-se forçados a empregar a gramática dos direitos liberais para a sua proteção. A consequência seria a criação de um novo regime de representações segundo o qual tradições culturais passariam a ser objeto de tutela jurídica *porque* são e *somente na medida em que* sejam “cultura-mercadoria”. Desta forma, o desenvolvimento de argumentos jurídicos que se estruturam em torno de demandas de propriedade, posse e detenção configurariam a irreversibilidade dos efeitos nefastos da comodificação de culturas e práticas de povos tradicionais.

Todavia, haveria a possibilidade – sem necessariamente deixar de reconhecer os problemas acima – de que, em adequadas cadeias de produção e valor, os

6 Para citar apenas alguns dos casos mais conhecidos: patentes na Alemanha e no Japão sobre açaí, cupuaçu, muru-muru; jambu nos Estados Unidos; bancos de sangue dos Yanomami e Kayapó usados para pesquisas também nos Estados Unidos e as patentes sobre o *kampô* (a “vacina do sapo”) dos povos de língua Pano entre Acre e Peru, além do medicamento Acheflan, baseado em conhecimentos de comunidades caiçaras.

povos indígenas se beneficiem economicamente da venda de seus produtos entre consumidores que reconheçam o valor (material e simbólico) de produtos indígenas, especialmente no âmbito da agroecologia e do artesanato comunitário. Nesse sentido, há um conjunto de experiências bem-sucedidas na interação entre povos indígenas e pesquisas científicas e também quanto à multiplicação de práticas inovadoras encontradas ao redor do mundo. Por exemplo, o caso da empresa Aveda com os Yawanawa (Nahoum, 2015) e a Pimenta Jiquitaia Baniwa, em parceria com o Instituto Socioambiental (2016), se referem a iniciativas positivas de contato e trabalho conjunto com comunidades tradicionais que resultaram em produtos postos à venda nos mercados, mas que podem igualmente ser lidos como uma forma de (auto)reconhecimento e valorização de práticas culturais.

De modo mais amplo, a emergência de novos regimes constitucionais na América Latina, com a promessa de participação indígena e transformação do sistema político e jurídico colonial em um sistema emancipatório, sinalizaria o potencial de uma reapropriação radical das categorias jurídicas em prol dos povos tradicionais.

Neste sentido, os mesmos instrumentos e argumentos jurídicos seriam, na verdade, modos de transformar a modernidade e o direito. “Indigenização da modernidade” é a expressão eleita pelo antropólogo Marshall Sahlins para um projeto político de transformação da modernidade ocidental por meio de influências indígenas (entendidas em um sentido amplo)⁷. O projeto de indigenização da modernida-

⁷ Autor de uma obra extensa e amplamente conhecida, Sahlins é conhecido por criticar certos cânones antropológicos, dentre os quais a excessiva importância dada a aspectos culturais dos pós-modernos, de um lado, e o excesso materialista de neoevolucionistas (alguns deles marxistas), de outro. Nesse debate se insere seu artigo “A sociedade afluente original”, etnografia e levantamento estatístico que questiona a ideia do *homo economicus* e a caracterização de sociedades de regiões geográficas “duras” (deserto do Kalahari, Terra do Fogo e Outback) como sociedades de escassez. Porque mudam a equação clássica necessidade-escassez, tornando suas necessidades reduzidas, tais sociedades são na verdade mais bem descritas como “sociedades da afluência”. O outro trabalho fundamental de Sahlins é “Ilhas de História” (2011), sobre a conquista do Havaí pela frota do Capitão Cook – episódio controverso na historiografia ocidental. O argumento de Sahlins nega ter havido um mero processo de aculturação e dominação

de diz respeito a levar em conta, ao mesmo tempo, a crítica à universalidade do indivíduo racional liberal e, sobretudo, explicitar e fazer avançar os pontos de transformação da sociedade ocidental a partir de seu contato transcultural. Se a capacidade do local influenciar o global não é mais um argumento inédito, Sahlins ironicamente lembra que

os peritos da e na globalização – tanto na academia quanto na economia – que agora nos conclamam a ir além da observação de que as sociedades locais indigenizam a ordem global são os mesmos que, antes, diziam-nos para ignorar essa possibilidade. (Sahlins, 2013 [1993], p. 87)

Quando transposto este argumento para a reflexão sobre os direitos intelectuais de povos indígenas, fica em aberto a possibilidade de uma “indigenização do direito” e que tais direitos servem para a emergência de algo “novo”, subvertendo os sentidos convencionais da noção de propriedade intelectual.

Está-se diante, então, de dois grandes polos possíveis sobre o tema: um aponta para os vícios da mercantilização e, sobretudo, para a destruição e perda de culturas por meio do próprio direito, em especial pelos direitos de propriedade intelectual; e o outro remete aos possíveis benefícios da globalização comercial e/ou à emancipação de modelos político-jurídicos alternativos ao cânone ocidental.

Mas o que mais interessa afirmar é que esta dualidade se projeta no regramento jurídico propriamente dito, pois ele passa a incorporar tais interesses e visões conflitantes. Nesse sentido, os dois principais instrumentos jurídicos internacionais, a Convenção para a Proteção da Diversidade Biológica – CDB (1992) e o Acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), sobre propriedade intelectual (1994), correspondem às duas visões anteriormente apontadas. Sua relação conflituosa cria uma importante disputa geopolítica e de interpretação do direi-

unilateral dos havaianos, do que se pode extrair uma conclusão interessante: todo contato entre culturas é recíproco, embora não necessariamente simétrico. Obviamente trata-se de um episódio de dominação colonial que altera profundamente as estruturas das relações na sociedade havaiana, mas também os ingleses são impactados por este contato.

to internacional, de modo que esta discussão leva a resultados bastante concretos⁸.

De um lado, a CDB adota uma visão otimista em que conhecimentos tradicionais são canalizadores de medidas de proteção da biodiversidade e novo insu- mo da inovação tecnológica em prol de países mega- diversos, ao mesmo tempo em que reconhece a ne- cessidade de repartir os benefícios decorrentes com as comunidades envolvidas. O Protocolo de Nagoya (2010) voltado à CDB cria um sistema internacional de acesso e repartição de benefícios com comunida- des afetadas, ampliando o escopo de proteção a co- nhecimentos tradicionais.

O Acordo TRIPS, por seu turno, cria um regime geral que exige proteção mínima à propriedade intelectual em todos os setores e países, mas sem considerar, em qualquer momento, a proteção de conhecimentos tradicionais contra possíveis apropriações indevidas. Sob a lógica do TRIPS, a melhor forma de proteção – se alguma houver – de conhecimentos tradicionais é por meio do comércio⁹. Para os mais críticos, o TRIPS é a própria mercantilização do conhecimento como um todo, pois se baseia na ideia de que toda ideia pode ser convertida em um ativo comercial.

Décadas de interação e construção normativa des-

8 Apenas para dar um exemplo relevante, no âmbito da Organiza- ção Mundial do Comércio (OMC) e na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) há propostas concretas antigas para uma melhor relação entre os dois tratados, embora países como os Estados Unidos afirmem que não há qualquer incompatibilida- de entre eles.

9 A Convenção para a Proteção da Biodiversidade (1992) confere o principal arcabouço normativo para o chamado desenvolvemento sustentável, articulando preservação da biodiversidade com populações tradicionais; o Acordo TRIPS (1994) estabelece a im- posição de existência de propriedade intelectual sobre todos os setores da economia, fazendo avançar o comércio internacional e o desenvolvimento internacional. A CDB descreve a importância da conservação *in situ* e prevê a repartição de benefícios, conforme o artigo 8º j. O TRIPS, por sua vez, abre espaço para a ampliação dos direitos de propriedade intelectual em áreas como biotecnologia, farmacêuticos e bioquímicos (as quais, em boa parte do Sul Global, não eram até então protegidas por patentes), art. 27. Nessa perspectiva, uma série de estudos, em especial na década de 1990, prestaram-se a procurar pontos de convergência e compatibilida- de normativa entre os dois tratados (V. Gervais, 2005). Biodiversi- dade e comércio internacional encontrariam então uma suposta síntese na ideia de desenvolvimento sustentável.

tes e de outros instrumentos levam a uma regulação contemporânea baseada em dois grandes pilares. Em primeiro lugar, há a proposta de que deve haver um (i) acesso a conhecimentos tradicionais baseado em consentimento prévio, livre e informado e, posterior- mente, (ii) adequada repartição de benefícios – mo- netários ou não – com a comunidade envolvida¹⁰.

Este panorama demonstra que há um questiona- mento permanente em torno de em que consiste a proteção de direitos intelectuais indígenas. De modo muito relevante, não se trata apenas da interpretação das normas jurídicas, mas da própria (in)capacidade do direito de efetivamente criar um sistema de prote- ção. A decisão sobre o que pode ou não se fazer *por meio do direito* leva, por sua vez, a posições concretas distintas por parte de povos tradicionais, os quais ora usam estrategicamente saídas por meio do sistema jurídico, ora as abandonam.

3 Um Panorama dos Usos Estratégicos de Instrumentos Jurídicos no Brasil

Seguindo os apontamentos acima, é possível ler a literatura sobre direitos dos povos indígenas e seus conhecimentos tradicionais enfocando a perspectiva dos próprios titulares de direitos intelectuais. Por óbvio, são múltiplas as tomadas de posição e as estraté- gias existentes, de modo que é impossível dizer, sem

10 Na realidade, a regulação é muito mais ampla, e assume uma forma complexa e bastante fragmentada entre vários instrumentos jurídicos internacionais, regionais e nacionais, por exemplo: as dis- posições da UNESCO sobre patrimônio cultural, os debates especí- ficos sobre direitos dos povos indígenas (como a Convenção 169 da OIT e a exigência de consentimento prévio, livre e informado) e, no âmbito dos estados-nação, as políticas e legislações que se debru- çaram sobre o tema. Ademais, no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), há 15 anos um Comitê Intergo- vernamental específico, o IGC/WIPO, discute a regulação de CT e a possibilidade (ainda distante) de um tratado internacional. Há ain- da iniciativas pioneiras como a Biblioteca dos Conhecimentos Tra- dicionais da Índia (TKDL, em inglês): uma iniciativa governamental complexa que envolve a criação de um banco de dados, traduzido para diversas línguas, e aponta onde encontrar determinados co- nhecimentos tradicionais (e não o conhecimento em si, o que pode- ria facilitar a apropriação indevida). A TKDL é louvada como um ins- trumento que impediu em torno de 300 patentes errôneas ao redor do mundo. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Dispo- nível em: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28/06/2016. *Traditional Knowledge Digital Library*. Índia. Disponível em: <<http://www.tkdl.res.in/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

lastro empírico antropológico e muito menos de modo generalizante, o que pensam os povos indígenas sobre o uso do(s) direito(s). No entanto, ao se evidenciar a existência de variadas estratégias em casos concretos, permite-se, desde logo, refutar a noção de que povos tradicionais são meros espectadores de seus direitos.

A multiplicação de experiências sobre conhecimentos tradicionais leva ao reconhecimento de que as atenções têm se deslocado dos debates tipicamente realizados nas grandes arenas internacionais, em especial na Organização Mundial de Propriedade Intelectual, para as práticas e negociações locais (Abdel-Latif, Ahmed, 2017). Eles envolvem, por exemplo, publicações e livros inovadores em “pactos sociotécnicos”, como a Enciclopédia da Floresta (Carneiro Da Cunha, 2001) e “A Queda do Céu”, livro de Davi Kopenawa com Bruce Albert (2015), resultantes de longas e apuradas colaborações entre pesquisadores e indígenas e/ou comunidades locais. O cuidado com a escala local, a criação de relações de confiança – pré-requisito para um verdadeiro consentimento sobre o uso de qualquer conhecimento tradicional – trazem apontamentos importantes sobre a necessidade de não ignorar a perspectiva indígena.

Em vários outros casos, como se apontará adiante, há uma complexa interação entre instrumentos jurídicos e relações pessoais entre povos tradicionais e diversos outros atores (pesquisadores, antropólogos, representantes de empresas, advogados, ativistas).

A seguir, são mencionados três casos paradigmáticos, com resultados distintos. Cumpre reiterar que o objetivo é apenas suscitar determinadas questões geradas por esses casos locais e concretos.

O primeiro deles é o das *Erveiras do Ver-o-Peso*, que vendem produtos e fragrâncias baseadas em ervas tradicionais no mercado situado em Belém do Pará. O conflito envolve uma suposta prática de biopirataria gerada pela produção da linha Ekos, da empresa de cosméticos Natura S.A, que se baseou no conhecimento dessas ervaíras para desenvolver seus produtos. Sua campanha de marketing explicitamente mencionava o conhecimento das ervaíras. No entanto, elas não foram remuneradas para além de alguns

contratos individuais envolvendo direito de imagem para fins publicitários. A isso seguiu-se uma negociação com a empresa, fruto de uma articulação entre as ervaíras, membros da Ordem dos Advogados do Brasil do Pará (OAB-PA), membros do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público Estadual (MPPA).

Neste caso, segundo Eliane Moreira (2009), duas questões centrais são apontadas: primeiro, a própria categorização de uma comunidade local urbana como tradicional; segundo, a distinção entre domínio público e conhecimentos difusos. No entanto, o resultado não precisou depender deste tipo de reflexão: nas negociações com a Natura S.A., foi apontada a contraposição entre violação de direitos do consumidor, de um lado, e direitos da comunidade tradicional, de outro. A sociedade empresária teria necessariamente violado um ou outro: ou se trataria de propaganda enganosa – caso não houvesse conhecimento das ervaíras – ou de violação do reconhecimento e dos benefícios a que elas faziam jus. Ao final, foi celebrado um contrato (sigiloso) prevendo que as ervaíras seriam remuneradas e para o qual foi criada uma associação das ervaíras.

Aqui, foram articulados, ao mesmo tempo, várias categorias jurídicas, inclusive direitos humanos e direitos de comunidades tradicionais. Todavia, o cerne da questão esteve em uma estratégia jurídica baseada na responsabilidade civil.

O segundo caso diz respeito à *Arte Gráfica Kusiwa dos Wajãpi, no Amapá*. A arte Kusiwa é reconhecida pela UNESCO como patrimônio imaterial da humanidade desde 2003, o que é uma proteção importante, porém, como sustentam estudos etnográficos contemporâneos, grafismos ameríndios não são meramente uma manifestação expressiva ou obra de arte: pessoas e coisas são fabricadas por meio dos grafismos (Van Velthem, 2009; Gallois, 2007). No momento em que é reconhecido como “patrimônio cultural”, o Kusiwa acaba por se limitar a um valor menor do que tem o seu sentido para o povo indígena.

No entanto, em publicação sobre os padrões gráficos, afirmam os Wajãpi sobre a propriedade intelectual dos grafismos:

Propriedade Intelectual dos padrões Kusiwarã - Nós Wajãpi do Amapá conhecemos e transmitimos nossos padrões gráficos. Essa herança não é de uma só pessoa, é de todos os Wajãpi que vivem nessa região, na TI [Terra Indígena] Wajãpi. Isso não quer dizer que somos donos dos padrões, mas que pegamos eles para usarmos na pintura corporal. (...) Nós não somos donos, os cantos não são nossos; eles são de pacu, de surubim, de borboleta e de outros. Aprendemos e pegamos para nós para usar, sempre na época de caxiri. [...] Nós Wajãpi não queremos que os não-índios peguem nossas imagens (fotos e desenhos) para divulgar ou vender nas cidades sem a nossa autorização. (Pesquisadores e Professores Wajãpi, Kusiwarã, Apina & Iepé, 2009, pp. 76-77)

As considerações extraídas dos livros Wajãpi podem parecer à primeira vista contraditórias, mas devem ser levadas muito a sério. Os Wajãpi não são donos da arte gráfica Wajãpi, são *detentores* dos cuidados dos padrões gráficos. Isso pode criar confusão, pois o direito civil afirma que detenção é uma situação fática e de pouca proteção jurídica¹¹. Entretanto, não estão pretendendo tornar seus direitos de propriedade (intelectual) sobre o Kusiwa uma proteção restrita. Os Wajãpi tampouco querem dizer que, por ser o Kusiwa patrimônio nacional e da humanidade, não lhes pertence também. Estão apenas apontando que sua relação com os padrões gráficos é mais complexa, maior e mais intensa do que a relação sujeito-objeto, autor-obra. No limite, os Wajãpi poderiam propor a seguinte crítica: os brancos se apropriam e se convertem em donos de coisas que sabidamente já tem dono.

Estas considerações explicam o porquê de uma reação extremamente robusta dos Wajãpi quando um famoso designer de interiores usou sua arte gráfica em papéis de parede, sem consentimento específico para tanto. O objetivo era a proibição da circulação dos papéis de parede e não uma compensação financeira. Ao mesmo tempo, o reconhecimento dos desenhos pela

¹¹ No direito civil brasileiro, inspirado nos modelos europeus, a detenção não se confunde com posse e muito menos com o direito real de propriedade. A detenção é a descrição de uma situação fática, ou seja, estar fisicamente no poder de determinada coisa, o que não é o mesmo que afirmar ter a posse ou a propriedade sobre a mesma coisa.

UNESCO como patrimônio cultural e de seus direitos de propriedade intelectual sobre o Kusiwa foram considerados e trazidos para a reivindicação.

Não obstante a grande incompatibilidade entre valores indígenas e instrumentos jurídicos, várias noções distintas convivem e são compatibilizadas: propriedade cultural, patrimônio imaterial, direitos de propriedade intelectual (direitos de autor) e, de modo amplo, a linguagem dos direitos. Todas estas noções participam da aplicação do plano de salvaguarda Wajãpi para proteger seus conhecimentos tradicionais.

Finalmente, o caso do *Adoçante Stevia e os Guarani*. O Stevia é um adoçante de origem vegetal com baixa quantidade calórica e altíssima capacidade de adoçar. Ele passou a ser utilizado por empresas como Nestlé e Coca-Cola como uma alternativa mais saudável para adoçar seus produtos. O Stevia vem de uma planta nativa (recurso genético) do Paraguai e do Brasil Central, e seu uso é um conhecimento tradicional associado aos índios Guarani, que já o utilizavam como adoçante há séculos. A planta foi levada pela primeira vez para a Suíça, ainda no século XIX, onde permaneceu relativamente desconhecida, até sua produção em larga escala. O *marketing* do Stevia é baseado em sua suposta “origem natural”, embora a maior parte do que se comercializa seja 100% sintético. Neste sentido, deu-se algo similar ao que foi a estratégia no caso das erveiras do Ver-O-Peso.

A ausência de qualquer benefício em favor dos índios Guarani levou à criação de uma campanha transnacional (Berne Declaration, 2015) envolvendo índios Guarani no Paraguai, organizações não-governamentais, em especial a Public Eye (Suíça), departamentos de antropologia, geografia e biologia de universidades no Paraguai e na Alemanha, representantes de governos, corpos diplomáticos, bem como as empresas transnacionais que utilizam, comercializam e realizam marketing sobre o Stevia.

Tal demanda trouxe dois grandes elementos considerados inéditos: em primeiro lugar, que fosse realizada a repartição de benefícios *a posteriori* com os Guarani do Paraguai, mesmo um século depois da obtenção original da planta; ademais, propôs a demarcação de terras no Paraguai, e não necessariamente o pa-

Tabela 1.

Cadeia normativa/Ramo	Principais normas jurídicas	Aspectos/valores em jogo
Direitos humanos de povos indígenas	Consentimento prévio, livre e informado (CPLI): Convenção OIT 169, Constituição Federal de 1988.	Autodeterminação dos povos; autonomia; direitos territoriais
Direitos socioambientais	Repartição de benefícios: Convenção da Biodiversidade e Protocolos de Cartagena e Nagoya; Constituição Federal de 1988, em especial o art. 225.	Preservação da biodiversidade; sustentabilidade.
Direitos culturais	Declaração da UNESCO sobre patrimônio imaterial e Constituição Federal de 1988	patrimônio cultural, propriedade cultural
Direitos de propriedade intelectual	Acordo TRIPS, Lei de Propriedade Industrial, Lei de Direito de Autor, Lei de Cultivares, Constituição Federal de 1988	Patentes, direitos de autor, cultivares, indicações geográficas, marcas, desenhos industriais
Direitos de personalidade	Código Civil de 2002; Constituição Federal de 1988	direitos de imagem, privacidade, integridade física
Contratos	Código de Defesa do Consumidor; Código Civil de 2002; Constituição Federal de 1988; contratos-modelo da OMPI; <i>guidelines de fair trade</i> ;	Equidade e boa-fé; hipossuficiência do consumidor; função social do contrato; cadeias sustentáveis de produção; termos mutuamente negociados.
Protocolos comunitários (de consulta)	Código Civil; Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas; Protocolo de Nagoya	Autonomia e reconhecimento indígena, instrumentos <i>sui generis</i> para proteção da biodiversidade, autonomia privada dos povos indígenas
Responsabilidade civil e indenização	Art. 186, Código Civil de 2002; princípios gerais dos contratos	Autonomia privada; equidade
Sanções penais	Código Penal, em especial direito penal ambiental e direito penal econômico	Interesse público
Sanções e medidas administrativas	Portarias, resoluções e demais medidas administrativas; Constituição Federal de 1988	Interesse público

gamento de *royalties* periódicos pelo uso da planta¹². Como um todo, para além da estratégia transnacional (sem se valer do poder Judiciário nem de cortes internacionais), o caso Stevia chama atenção para mais uma forma de vinculação entre direitos intelectuais indígenas e seu território.

Assim, a articulação entre diversos atores para mobilizar a sociedade civil global – ainda que por meio de assinaturas digitais – teve o condão de promover suficiente pressão sobre empresas transnacionais para

12 Juridicamente, convém lembrar que o Protocolo de Nagoya da Convenção da Biodiversidade (CDB) e a Convenção 169 da OIT não especificam que a repartição de benefícios tenha que se dar em termos monetários. Do ponto de vista sociopolítico, também já se apontou que tornar o debate da repartição de benefícios em sinônimo de compensação financeira é altamente problemático. Mas no caso específico dos povos Guarani, tanto no Paraguai quanto no Brasil, a expulsão de terras pela expansão agrícola e a ausência de demarcação são notáveis. Os Guarani-Kayowá do Mato Grosso têm nos últimos anos denunciado o genocídio a que têm sido submetidos rotineiramente em conflitos fundiários, simbólicos e violentos da maior gravidade. Não é de surpreender que sua principal demanda seja exatamente pela demarcação de terras.

adequarem suas estratégias de marketing e, sobretudo, abrirem espaço para negociar uma repartição de benefícios. Os resultados ainda não são claros, mas o fato de chamarem a atenção para o caso e reconhecerem a potencial participação indígena já podem ser considerados resultados bem-sucedidos.

Como apontamento preliminar dos três casos, a aferição empírica evidencia que, ao contrário de certo enfoque teórico nos direitos de propriedade intelectual ou em biodiversidade, coexistem, na prática, diversas cadeias normativas e valores. Um caso particularmente exemplar é o dos protocolos comunitários de consulta, que podem agregar em si vários dos elementos acima e que têm rapidamente se multiplicado¹³. O quadro a seguir apresenta alguns dos aspectos em discussão em relação ao Brasil, sem pretensão exaustiva, a partir de experiências concretas¹⁴ (Tabela 1).

13 Guetta, Maurício; Bensusan, Nurit. *Tutela dos Conhecimentos Tradicionais em face à sua Diversidade: A Emergência dos Protocolos Comunitários*. No prelo.

14 Algumas dessas experiências não foram mencionadas aqui. Para uma visão mais ampla, cf. IDO, 2017.

4 Conclusão: Redisputando os Sentidos do “Direito”

É possível considerar que povos tradicionais, em trabalho conjunto com muitos outros atores, usam uma diversidade de instrumentos e argumentos jurídicos para proteger seus direitos. A reflexão sobre a possibilidade de “indigenizar o direito” ou, pelo contrário, de uma resistência impossível diante de um mundo de progressiva “mercantilização de culturas”, demonstra um paradoxo intrínseco. Como a aferição concreta demonstra, não há casos fáceis e muitos trazem incompatibilidades que soam insuperáveis, como o caso Wajãpi, à princípio.

No entanto, ao colocar lado a lado as formas diversas de atuação estratégica dos povos tradicionais, que vão de argumentos gerais de direitos humanos a noções bastante precisas de direito civil, passando da propriedade intelectual à propriedade cultural, não há surpresa no uso superposto e paradoxal de direitos¹⁵. Afinal, como afirma Carneiro da Cunha (2009) só “lógicos e advogados exigem coerência”, e antropólogos devem preferir a completude da linguagem. Povos tradicionais têm questões ainda mais urgentes.

Por consequência, tais práticas justificam ao mesmo tempo seu papel como criadoras de novas práticas jurídicas e de estratégias políticas que reverberam em sua autonomia e concepção de identidade comunitária e (auto)reconhecimento. Neste sentido, os casos es-

15 Wendy Brown (2008) lembra que, por definição, qualquer direito é paradoxal ao menos em dois sentidos. Reforça uma determinada noção do que seja o sujeito protegido (por exemplo, o que significa “ser mulher” é o pressuposto dos direitos das mulheres, e o mesmo se aplica aos povos indígenas) e aumenta as desigualdades materiais pré-existentes entre os que podem exercer os direitos e os que não podem. No entanto, ao invés de abandonar os direitos, talvez seja preciso aceitar sua contradição. Como afirma a autora: “Ao contrário das contradições, que podem ser exploradas, ou da mistificação, que pode ser exposta, ou da negação, que pode ser forçada a se confrontar consigo mesma, ou até mesmo o desespero, que pode ser negado, a política do paradoxo é muito difícil de negociar. O paradoxo parece se autocancelar infinitamente, como uma condição política de realizações perpetuamente minadas, uma categoria de discurso em que toda verdade é atravessada por uma contraverdade e, portanto, um estado em que a elaboração de estratégias políticas está paralisada. (...) Será que o potencial político do paradoxo pode parecer maior quando se está situado numa historiografia não progressiva, numa em que, em vez da transformação linear ou mesmo dialética, as estratégias de deslocamento, perplexidade e ruptura são operativas?”

tão de acordo com uma certa literatura, especialmente antropológica, tanto da Amazônia (Gallois, 2007; Carneiro da Cunha, 2009), da América do Norte (Brown, 2003), da Micronésia (Geismar, 2013) e da Nova Zelândia/Aotearoa (Whitt, 2009), entre outros, que aponta como o elemento central do debate as relações (entre membros das comunidades afetadas, indivíduos e instituições externas) e não os “conhecimentos em si”. Daí que identidade e reconhecimento – também juridicamente protegidos amplamente – não deverem ser ignorados. Isto quer dizer que os próprios argumentos sobre direitos têm um papel importante no que significa “ser indígena” no mundo contemporâneo.

A criatividade dos povos tradicionais do Brasil constitui parte da formação de um direito internacional de baixo para cima (Rajagopal, 2003) em matéria de conhecimentos tradicionais, pois informa e aponta contradições em relação ao que ocorre no âmbito de instituições globais, como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. A participação de povos tradicionais é, portanto, crucial para preencher lacunas do debate internacional. Ela também reformula noções de identidade e de “cultura” e pode ter o potencial de mobilizar grupos em torno de uma causa comum e, ao fazê-lo, constituir um processo reflexivo do que significa ser membro de um povo tradicional no mundo contemporâneo (Hodgson, 2014). No entanto, como palavra final, é preciso questionar se faz mesmo sentido qualquer alternativa em um país no qual a “questão indígena” continua a ser “resolvida” à base de balas.

////////////////////////////////////

5 Referências

- Abdel-Latif, Ahmed, 2017. Revisiting the Creation Of The Igc: The Limits of Constructive Ambiguity? Robinson, Daniel F., Abdel-Latif, Ahmed & Roffe, Pedro (orgs.). *Protecting Traditional Knowledge – The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, pp 10-29.
- Albert, Bruce & Kopenawa, Davi. *A Queda do Céu: Palavras de um Xamã Yanomami*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- Almeida, Mauro. Caipora e Outros Conflitos Ontológicos. *R@u, Revista de Antropologia da UFSCar*, v.5, n.1, 2013, p. 7-28.
- Anderson, Jane E. *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009
- Berne Declaration, Ceirad, Misereor, Pro Stevia Switzerland, Sunu & University of Hohenheim. The Bitter Sweet of Stevia: Commercialisation of Stevia-derived sweeteners by violating the rights of indigenous peoples, misleading marketing and controversial SynBio production. *Public Eye*. Novembro de 2015. Disponível em: https://www.publiceye.ch/fileadmin/files/documents/Biodiversitaet/BD_STEVIA_REPORT_EN.pdf
- Brown, Michael F. *Who Owns Native Culture*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- Brown, Wendy. Suffering Rights as Paradoxes. *Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory*, Vol. 7, 2, junho de 2000, pp. 208-229.
- Carneiro Da Cunha, Manuela. *Cultura com Aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- Carneiro da Cunha, Manuela; Almeida, Mauro de. (orgs.). *Enciclopédia da Floresta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- Gallois, Dominique T. Materializando saberes imateriais: experiências indígenas na Amazônia Oriental. *Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI*, Brasília, v.4, n.2, pp. 95-116, dez. 2007.
- Geismar, Haidy. *Treasured Possessions – Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property*. Durham: Duke University Press, 2013.
- Gervais, Daniel. Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS Compatible Approach. *Michigan State Law Review*, vol. 137, 2005.
- Kayngang, Lúcia Fernanda Inacio Belfort. *A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Indígenas, em face da Convenção sobre Diversidade Biológica*. Dissertação de Mestrado, UnB, 2006, p. 30.
- Hodgson, Dorothy L. Culture Claims: Being Maasai at the United Nations. Graham, Laura; Penny, Glenn. *Performing Indigeneity - Global Histories and Contemporary Experiences*, University of Nebraska Press, 2014.
- Ido, V. H. P. Conhecimentos Tradicionais na Economia Global. 2017. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- em 28 de março de 2016.
- Instituto Socioambiental. Pimenta Jiquitaia Baniwa. São Paulo: ISA, 2016.
- Moreira, Eliane. O Reconhecimento dos Direitos Intelectuais Coletivos e a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais. In: KLEBA; KISHI, 2009.
- Nahoum, André Vereta. *Selling “cultures”: The Traffic of Cultural Representations from the Yawanawa*. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28/06/2016.
- Rajagopal, Balakrishnan. *International Law from Below*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Sahlins, Marshall. *Esperando Foucault, Ainda*. São Paulo: Cosac Naify, 2013.
- Sahlins, Marshall. *Ilhas de História*. São Paulo: Zahar, 2011 [1987].
- Shiva, Vandana. *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*. Berkeley: North Atlantic Books, 2016 [1997].
- Traditional Knowledge Digital Library. Índia. Disponível em: <http://www.tkdil.res.in/>.
- Van Velthem, Lúcia H. Mulheres de cera, argila e aruma; princípios criativos e fabricação material entre os Wayana. *Mana: Estudos de antropologia Social*, Rio de Janeiro 15:1, p. 213-236, 2009;
- Whitt, Laurelyn. *Science, Colonialism and Indigenous Peoples*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.